

# Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens en nationale integratiedebatten

## Zwitserse verplichting tot gemengd zwemmen in het primair onderwijs geoorloofd

*Sophie van Bijsterveld*

### Uitspraak

Affaire Osmanoglu et Kocabaş/Suisse (Requête nr. 29086/12), 10 januari 2017 (alleen beschikbaar in het Frans)

### Onderwerp

De verplichting tot gemengd zwemmen in een Zwitserse lagere school levert geen strijd op met de vrijheid van godsdienst zoals gegarandeerd in artikel 9 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens (EVRM). De verplichting vormt volgens het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM; hierna ook: Hof) wel een inbreuk op de vrijheid van godsdienst, maar volgens unanieme beslissing is deze inbreuk gerechtvaardigd.

### Relevante wetsartikelen

Artikel 9 EVRM (vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst); artikel 2 Protocol 1 EVRM (vrijheid van onderwijs) (niet door Zwitserland geratificeerd).

### Achtergrond

Deze zaak draait om de religieuze bezwaren van het echtpaar Osmanoglu-Kocabaş tegen deelname van hun twee dochters aan gemengde schoolzwemlessen op hun openbare lagere school. Deelname aan deze lessen was in hun kanton verplicht. De ouders waren ervan op de hoogte dat vrijstelling van gemengde zwemlessen volgens de toepasselijke regelgeving slechts mogelijk was voor meisjes die de puberteit bereikt hadden. Desondanks hielden zij hun dochters weg van deze lessen. Naar eigen zeggen waren de ouders zich ervan bewust dat de Koran geen bijzondere lichaamsbedekking voorschrijft voor meisjes die de leeftijd van puberteit nog niet bereikt hebben. Zij stelden dat hun geloof hun desondanks gebod hun dochters in dit verband nu al voor te bereiden op de toekomst. Ook na een waarschuwing van de zijde van het kanton en een gesprek met de schoolleiding volhardden de Turks-Zwitserse ouders in hun positie. Uiteindelijk resulteerde hun opstelling in een boete van 350 (van de maximum 500) Zwitserse frank per ouder

per kind. Beroep tegen deze boete bij zowel de rechter in hun kanton als later bij de federale rechter mocht niet baten. De ouders wendden zich daarna tot het EHRM met de klacht dat zij zelf in hun vrijheid van godsdienst volgens artikel 9 EVRM aangetast waren.

### Overwegingen van het EHRM

Het EHRM achtte in deze zaak artikel 9 EVRM van toepassing. De wens van de ouders tot vrijstelling van de verplichte zwemlessen voor hun dochters hield volgens het Hof voldoende nauw en direct verband met de uitoefening van godsdienst; de weigering van de vrijstelling en oplegging van de boete vormden volgens het Hof een beperking van hun godsdienstvrijheid. Dat de handelwijze van de ouders niet rechtstreeks gebaseerd was op een verplichting die de desbetreffende religie als zodanig oplegt, is bij de beoordeling van de al of niet toepasselijkheid van artikel 9 EVRM niet bepalend. Op artikel 2 Protocol 1 (vrijheid van onderwijs) kon geen beroep worden gedaan: het Protocol is niet door Zwitserland geratificeerd. Desondanks wijdde het Hof er wel enkele inhoudelijke overwegingen aan (zie hierna).

Volgens het vaste beoordelingsschema ging het EHRM vervolgens na of de beperking van de godsdienstvrijheid op een wettelijke grondslag berustte, het doel ervan gerechtvaardigd was en ten slotte of deze 'nodig was in een democratische samenleving'. Bij dit laatste criterium is vooral van belang of een beperking proportioneel is.

Het Hof achtte het eerste criterium vervuld: de beperking van de godsdienstvrijheid berustte op een wettelijke grondslag en die was voldoende kenbaar en voorzienbaar. Ook het doel van de beperking achtte het Hof gerechtvaardigd. Het oogmerk van de weigering van vrijstelling en de oplegging van de boete door de Zwitserse autoriteiten was gelegen in sociale integratie van kinderen van uiteenlopende culturele en religieuze achtergronden, ordelijk verloop van het onderwijs, respect voor verplicht onderwijs en de gelijkheid tussen de seksen. Daarmee kon het bestreden overheidsoptreden volgens het Hof gerangschikt worden onder de verdragsrechtelijke beperkingsgrond van de 'bescherming van de rechten en vrijheden van anderen of de bescherming van de openbare orde'. Het Hof wees daarbij in het bijzonder op het oogmerk van 'bescherming van buitenlandse leerlingen tegen sociale uitsluiting'.

Was de beperking 'nodig in een democratische samenleving'? Na een uitvoerige beschouwing, die hierna gevolgd wordt, gaf het EHRM een positief antwoord op deze vraag. Belangrijk startpunt vormde de beoordelingsruimte, de zogenoemde *margin of appreciation*, die de nationale staat volgens vaste jurisprudentie toekomt. Die moet volgens het Hof zeker worden toegekend waar de houding van de overheid tot religies aan de orde is en het belang dat toegekend wordt aan religie in de samenleving; zeker waar het om het terrein van het onderwijs gaat.

Sophie van Bijsterveld

Het Hof ging ook kort in op de vrijheid van onderwijs. Staten zijn gerechtigd naar eigen inzicht en tradities onderwijsprogramma's in te richten. Wel stelde het Hof in lijn met eerdere jurisprudentie daarbij de eis dat die programma's 'objectief, kritisch en pluralistisch' zijn opgezet en er geen indoctrinatie beoogd wordt. Ouders hebben niet het recht om een specifiek aanbod of specifieke vormgeving van onderwijs te eisen. Volgens het Hof is daarvan in dit geval al helemaal geen sprake, aangezien Zwitserland het Eerste Protocol bij het EVRM niet heeft geratificeerd, dat in artikel 2 het recht op onderwijs bevat.

In een boeiende passage onderstreepte het Hof in navolging van de Zwitserse autoriteiten de betekenis van onderwijs voor sociale integratie van met name kinderen van buitenlandse afkomst. Het belang van verplicht onderwijs brengt mee dat vrijstellingen voor bepaalde onderdelen ervan uitzondering zijn; het verlenen van eventuele vrijstellingen moet geschieden op basis van duidelijk omliggende criteria en met gelijke behandeling van religieuze groepen. Van dat laatste achtte het Hof in dit geval sprake. Vanwege het feit dat het onderhavige stelsel wel in *bepaalde* vrijstellingsmogelijkheden voorzag (zie hierna), was het als geheel niet overmatig rigide.

Dat het bij een uitzondering op het verplicht gemengd zwemmen op grond van godsdienst slechts om een gering aantal ouders ging, achtte het Hof niet afdoen aan het zwaarwegender belang van kinderen zelf om het schoolprogramma gewoon volledig te doorlopen en 'een succesvolle integratie mogelijk te maken volgens plaatselijke gewoonten'. Die laatste belangen behoren dus voorrang te krijgen.

Het feit dat niet alle scholen in Zwitserland of zelfs maar in het desbetreffende kanton verplicht schoolzwemmen kennen, was in de ogen van het Hof niet relevant. Het Hof erkende dat sport, waaronder zwemmen, belangrijk is voor de ontwikkeling en gezondheid van kinderen. Maar hier is niet louter het sportieve element in het geding. Relevant is vooral de gezamenlijkheid van het sporten. Daarmee is het feit dat de dochters privézwemlessen kregen geen argument. Bovendien: wanneer bij het verlenen van vrijstellingen eventuele privélessen van leerlingen meegewogen zouden worden, zou dat volgens het Hof een onwenselijke ongelijkheid teweegbrengen tussen kinderen wier ouders wel en kinderen wier ouders niet voldoende financiële middelen hebben om daarin te voorzien. Daarnaast wees het Hof erop dat het in beginsel bijzonderheden die voortvloeien uit een federale staatsstructuur respecteert.

Verder overwoog het Hof dat de meisjes de mogelijkheid was geboden om een boerkini te dragen waarmee het bovenlichaam bedekt was (de ouders vonden dat echter stigmatiserend – een standpunt dat zij niet nader hebben toegelicht). Verder waren de verkleed- en douchegelegenheden gescheiden. Het Hof wees erop dat deze omstandigheden de impact op de godsdienstige overtuigingen van de ouders in elk geval kon verminderen. Voorts hadden de ouders niet beweerd dat zij buiten de kwestie van het verplicht zwemmen nog beperkt werden in de uitoefening van hun godsdienstige overtuigingen.

De boete achtte het Hof proportioneel, dit mede in het licht van het doel van ‘succesvolle socialisatie en integratie van kinderen’. Aan de boete was een waarschuwing voorafgegaan en de boete zelf was slechts een deel van het maximaal mogelijke. Ook op het punt van de effectieve en toegankelijke rechtsbescherming die artikel 9 EVRM veronderstelt, voldeed de handelwijze van de Zwitserse staat. Op grond van dit alles concludeerde het Hof in een unaniem oordeel dat Zwitserland niet de *margin of appreciation* had overschreden en wees het de klacht van de ouders af.

## Bespreking

De uitspraak van het EHRM moet gelezen worden tegen de achtergrond van Europa-brede discussies over de omgang met een toenemend (besef van) religieus pluralisme, over de plaats van de islam in Europese samenlevingen, over vrees voor islamisering van die samenlevingen, en de aard van een westerse identiteit. De vragen waarover het gaat, vertonen een hoge mate van maatschappelijke en politieke gevoeligheid. Niet langer voert ‘multiculturalisme’ de boventoon; ‘integratie’ is steeds meer het sleutelwoord geworden.

Ook nationale staten dienen zich tot deze discussies en deze vraagstukken te verhouden. Natuurlijk, multiculturalisme kent grenzen, en een nadruk op integratie ontnemt religieuze minderheden niet hun grondrechten. Maar voor nationale staten – wetgevers, bestuur, rechters – is het wel zoeken naar nieuwe evenwichten. En in de gevonden antwoorden verschillen zij onderling.<sup>1</sup> Ook is de vraag wel opgeworpen of nationale staten in het zoeken naar een soort van gemeenschappelijkheid aansluiting aan het zoeken zijn bij hun eigen klassieke model van kerk-staatverhoudingen en daarmee als het ware als een soort *civil religion* definiëren,<sup>2</sup> zij het dat dit niet zonder strijd gebeurt. En wat Nederland betreft, doen zich verschuivingen voor in het belang dat aan vrijheid van godsdienst wordt gehecht en de invulling die dat recht krijgt.<sup>3</sup>

De debatten waarom het gaat, worden niet alleen in abstracto gevoerd. Veelal vinden zij een aanleiding in concrete kwesties met grote symbolische impact. Het gaat dan bijvoorbeeld om het dragen van een hoofddoekje (in Nederland is dit echter nooit zo’n splijtzwam geweest), om het dragen van gelaatsbedekkende kleding (een boerka of nikab), het zwemmen in een boerkini of de weigering om han-

1 Zie bijv. C. Zoethout, ‘Constitutionele antwoorden op toenemend pluralistische samenlevingen. Religieuze diversiteit in Frankrijk, Italië en Canada’, *Tijdschrift voor Religie, Recht en Beleid* 2014, 2, p. 6-25.

2 Zie hierover S. Ferrari, ‘Civil Religions: Models and Perspectives’, *The George Washington International Law Review* 2010, 4, p. 749-763.

3 Zie bijv. F. Mansvelt Beck, ‘Franse toestanden? Veranderende visies op religieuze vrijheid in Nederland en Europa’, *Tijdschrift voor Religie, Recht en Beleid* 2016, 3, p. 6-23.

Sophie van Bijsterveld

den te schudden met iemand van de andere sekse.<sup>4</sup> Ook een (her)bevestiging van de regionale of nationale religieuze traditie kan gevoelig liggen, zoals wij al zo'n twintig jaar geleden hebben kunnen zien bij de ophef over het crucifix in een Beiers klaslokaal en meer recent in de Italiaanse kwestie die uitmondde in een uitspraak van de Grote Kamer van het Europees Hof (de Lautsi-zaak).<sup>5</sup>

Voor een rechter als het EHRM is het op eieren lopen wanneer het moet oordelen over dergelijke vragen. Dat is ook hier het geval, al gaat het om iets alleedaags als schoolzwemmen; verplicht gemengd schoolzwemmen waarvoor zelfs in een vrijstellingsregeling is voorzien om ouders met religieuze bezwaren tegen gemengd zwemmen voor hun tienerdochters tegemoet te komen. Ook in zo'n geval kan van een rechterlijke uitspraak een belangrijke feitelijke en symbolische werking uitgaan. Het EHRM heeft tot taak bindende en gezaghebbende uitspraken te doen over beweerde schending van het EVRM. Daarbij is de positie van het Hof niet eenvoudig. Het moet zich kritisch opstellen ten opzichte van democratisch gelegitimeerde nationale besluiten en nationale rechterlijke oordelen. En dat terwijl het als supranationale rechter zelf niet is ingebed in een trias politica op Europees niveau.

Uit deze uitspraak blijkt dat het EHRM zich bewust is van zijn positie. De uitdrukkelijke verwijzing naar de *margin of interpretation* dat het de nationale staat toekent, verbaast ook niet. Een dergelijke verwijzing komen wij vaak tegen, zeker ook waar godsdienstvrijheid aan de orde is. Hoewel het niet altijd helder is wat de rol van de *margin of appreciation* is in de daadwerkelijke argumentatie,<sup>6</sup> gaat er van een dergelijke benadrukking wel een duidelijk signaal uit.

Volgens artikel 9 lid 2 EVRM moet een beperking om gerechtvaardigd te kunnen zijn in elk geval nodig zijn 'in het belang van de openbare veiligheid, voor de bescherming van de openbare orde, gezondheid of goede zeden of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen'. Doorgaans leveren deze doelcriteria weinig problemen op. Zij zijn ruim. Beperkingen kunnen doorgaans

- 4 Zie bijv. C. Zoethout, 'Het verbod op gezichtsbedekkende kleding', *Tijdschrift voor Religie, Recht en Beleid* 2013, 1, p. 87-96; P. van Sasse van Ysselt, 'Over het verbod op het dragen van een gezichtssluier en van gezichtsbedekkende kleding', *Tijdschrift voor Religie, Recht en Beleid* 2010, 3, p. 5-28; P. van Sasse van Ysselt, 'Hoogste bestuursrechter in Frankrijk acht boerkinverbod strijdig met grondrechten', *Tijdschrift voor Religie, Recht en Beleid* 2016, 3, p. 81-89; zie ook M. Berger, 'Rechtsgronden voor een verbod op de gezichtssluier in Frankrijk, België en Nederland', *Tijdschrift voor Religie, Recht en Beleid* 2010, 3, p. 96-106 en M. Berger, 'Verbod op religieuze hoofdbedekking heeft een grens', *Tijdschrift voor Religie, Recht en Beleid* 2011, 3, p. 94-96.
- 5 EHRM (Grote Kamer) 18 maart 2011, 30814/06 (Lautsi/Italië); EHRM (kamer, sectie twee) 3 november 2009, 30814/06 (Lautsi/Italië). Zie hierover o.a. C. Zoethout, 'Kruisbeelden op openbare scholen in Italië', *Tijdschrift voor Religie, Recht en Beleid* 2010, 1, p. 75-80 en C. Zoethout, 'Kruisbeelden op openbare scholen in Italië (II)', *Tijdschrift voor Religie, Recht en Beleid* 2011, 2, p. 105-109.
- 6 Zie ook S. van Bijsterveld, 'Dissenting opinions in religiezaken voor het Europees Hof (I): De Grote Kamer', *Tijdschrift voor Religie, Recht en Beleid* 2015, 3, p. 28-48 en S. van Bijsterveld, 'Dissenting opinions in religiezaken voor het Europees Hof (II) De gewone kamer', *Tijdschrift voor Religie, Recht en Beleid* 2016, 1, p. 27-58.

met een beroep op één of meer van deze criteria gelegitimeerd worden. Veelal is de kwestie waar het in de afweging van het Europees Hof dan echt om draait de vraag of de beperking ‘noodzakelijk is in een democratische samenleving’.

In deze zaak levert juist de ‘noodzakelijkheidstest’ weinig problemen op. De redenering van het Hof is alleszins gerechtvaardigd. Er is voorzien in een vrijstellingsmogelijkheid. Die vrijstelling is redelijk, gelet op te verwachten wensen van islamitische ouders voor hun tienerdochters. Los van de vrijstelling zelf waren er gescheiden verkleed- en opfrisvoorzieningen en was aan de ouders een handreiking gedaan op het punt van zwemkleding voor hun dochters. Afgezet tegen het maximumbedrag was de opgelegde boete matig. De ouders waren gewaarschuwd; er heeft een gesprek met de ouders plaatsgevonden en er waren adequate rechtsbeschermingsmogelijkheden. Met het Hof ben ik van oordeel dat de beperking daarmee proportioneel is in relatie tot de eerdergenoemde belangen van de staat.

Twee elementen in de uitspraak van het Hof zijn nog van bijzonder belang. Het eerste is de beoordeling van het Hof dat aan het doelcriterium van artikel 9 lid 2 EVRM is voldaan. Het oogmerk van de Zwitserse autoriteiten, te weten sociale integratie, werd door het Hof geschaard onder het criterium ‘openbare orde of rechten en vrijheden van anderen’. Het Hof gaat er niet expliciet op in welk van de twee criteria het precies betreft en, in het laatste geval, om wiens rechten of vrijheden het gaat: die van de dochters of van de ‘samenleving’ c.q. medescholieren. Met andere woorden: wie heeft in deze zaak primair baat bij sociale integratie? Waar het Hof in navolging van de Zwitserse autoriteiten ‘bescherming van buitenlandse leerlingen tegen sociale uitsluiting’ noemt, komen vooral de dochters zelf in het vizier, lijkt mij. Waar ‘sociale integratie van kinderen’ meer in het algemeen genoemd wordt, zijn dat mogelijk (ook) de ‘samenleving’ c.q. medescholieren. Of kan het hier ook gaan om ‘openbare orde’? Ik ga ervan uit dat de andere genoemde oogmerken in elk geval onder het doelcriterium ‘openbare orde’ vallen.

Het begrip ‘openbare orde’ is ruim. In de Franse zaak S.A.S., waarin het EHRM een klacht van een boerkadraagster afwees, was het Hof niet bereid het doelcriterium ‘openbare veiligheid’ als rechtvaardiging voor het betreffende boerkaverbod te accepteren.<sup>7</sup> Wel werd ‘samen leven’ als rechtvaardigingsgrond aanvaard en dat werd begrepen onder de bescherming van de ‘rechten en vrijheden van anderen’. Het oogmerk van sociale integratie lijkt daar enigszins op. Verruimt het Hof ook in deze Zwitserse zaak de doelcriteria enigszins? Het Hof lijkt in elk geval zoekende om overwegingen in de nationale discussies over integratie een plaats te geven binnen de verdragsrechtelijke doelcriteria.

Het andere element is het argument van het aantal. In zijn overwegingen stipte het Hof aan dat het voor zijn beoordeling niet relevant was dat slechts een *gering aantal* ouders de bijzondere ‘extra’ vrijstelling zouden wensen. In de visie van het Hof bleef de principiële onwenselijkheid van de gevraagde vrijstelling bestaan,

7 Zie M. Berger, ‘Boerkaverbod en de terugkeer van Rousseau’, *Tijdschrift voor Religie, Recht en Beleid* 2014, 3, p. 77-80.

onafhankelijk van het getalsmatige beroep dat erop gedaan zou worden. Die redenering is goed te volgen. Toch valt hierover meer te zeggen.

In de omgang met gevoelige kwesties van uiteenlopende culturele waardepatronen doen aantallen er wel degelijk toe. Voor een losstaand geval wordt immers zelden een vrijstellingsregeling gemaakt. Ook de vrijstellingsregeling voor verplicht gemengd zwemmen voor tienermeisjes is niet los te zien van verwachte godsdienstige bezwaren van meer dan een enkel geval. Tegelijk zijn ook de huidige discussies over religieus pluralisme en integratie – een discussie waarvan het Hof zich terdege bewust is – een uitvloeisel van de maatschappelijke veranderingen in Europese samenlevingen die zeker een getalsmatige dimensie hebben. Pikant detail is dat het Zwitserse federale hof in 1993 in een vergelijkbaar geval van een verzoek tot vrijstelling van verplicht gemengd zwemmen op de lagere school klagers juist wel in het gelijk stelde. Daarbij volgde het een redenering die diametraal tegenovergesteld was aan die het EHRM nu in navolging van de Zwitserse overheid koos. Slechts in het geval dat de belangen van het kind zich serieus en *concreet* tegen de wensen van de ouders verzetten, zou vrijstelling niet op zijn plaats zijn. Daarvan achtte het Zwitserse hof in dat geval geen sprake. Elementen uit de redenering van het Zwitserse federale hof in 1993 waren dat zwemles slechts een klein deel van het schoolcurriculum uitmaakte, dat zwemles niet in het hele kanton verplicht was, dat er niet verwacht kon worden dat er veel andere vergelijkbare vrijstellingsverzoeken zouden volgen en dat nieuwkomers weliswaar zich hadden aan te passen aan Zwitserse gebruiken, maar dat dit niet betekende dat aanpassing aan *alle* gebruiken nodig was.

In 2008 ging het Zwitserse federale hof helemaal om. Daarbij wees het hof op de snelle toename van het aantal moslims in het land.<sup>8</sup> De lijn die in de uitspraak van 2008 gevolgd werd, vinden wij in de huidige uitspraak van het Hof en de daaraan voorafgaande uitspraak van de Zwitserse federale rechter van 2012 terug. Uitspraken van rechters betreffen natuurlijk altijd concrete gevallen. De precedentwerking die ervan uitgaat en de symbolische betekenis die zij kunnen hebben, overtreffen echter vaak verre het concrete geval.

Intense maatschappelijke en politieke discussies komen niet voort uit een enkel geïsoleerd feit. Zij duren alleen maar voort wanneer de onderliggende vragen in de samenleving resoneren. Vraagstukken van religieus pluralisme en integratie zullen Europese samenlevingen en overheden nog zeker een tijd bezighouden. Het laatste woord is hierover dus niet gezegd. Is het EHRM in deze Zwitserse zaak uiteindelijk tot een wijze conclusie gekomen? Naar mijn mening wel.

8 Letterlijk volgens de tekst opgenomen in de uitspraak van het EHRM: 'eu égard à l'augmentation rapide de la population musulmane en Suisse'.